

証言拒絶権と裁判の公正

——取材源秘匿をめぐる展開の日米比較から——

溜 箭 将 之

- 一 日本の最高裁平成一八年決定
- 二 比較対象としてアメリカでのミラー事件
- 三 Branzburg 判決
- 四 Branzburg 判決への解釈の展開——各種の法的手続に応じて
- 五 シールド法の展開
- 六 一九九〇年代の「危機」からミラー事件へ
- 七 改めて比較法の試み

二〇〇六年一〇月、日本の最高裁は、報道関係者の取材源についての証言拒絶を認める決定を下した。ほぼ同じ頃、アメリカにおいても、取材源に関する証言を拒絶した新聞記者が裁判所侮辱に問われ投獄される、という事件が世間の注目を浴びていた。本稿では、日米両国における展開を比較し、いくつかの問題提起を試みたい。

報道関係者の取材源についての証言拒否権の問題は、「言論の自由」という価値と裁判の公正という価値が裸のま

まで対峙する」場だといわれることがある。⁽¹⁾取材源の秘匿と言論の自由に関する研究には、既に日本でも蓄積があるが、本稿ではとりわけ「裁判の公正」の側に注目してみたい。具体的には、裁判のあり方について、日本とかなり異なる態度をとるアメリカの法制を、時間的にややさかのぼり、また社会的背景にも目を配りつつ観察する。また、日本との直接の比較では欠落しがちなアメリカの陪審や連邦制も視野に入れた考察を試みる。こういった考察は、裁判の公正という価値のみならず、裁判所の権力機構としての役割についても、新たな視角を提供するように思われる。「裁判の公正」と対峙する言論の自由を改めて問い直すことで、言論のもつ意義と、さらには権力というものをいかに捉えるかという問題にも光を当てることができると考える。

(1) 坂田宏「取材源秘匿と職業の秘密に基づく証言拒絶権について——いわゆる比較衡量論について」ジュリー三二九号九頁(二〇〇七)一七頁。

(2) 代表的な研究として、佐藤幸治「表現の自由と取材の権利——取材源秘匿の権利を中心に」公法研究三四号一二六頁(一九七二)、上口裕「刑事司法における取材・報道の自由」(一九八九、前田正義「いわゆる取材源秘匿権と萎縮的效果」阪大法学五三巻六号九九頁(二〇〇四)、同「いわゆる取材源秘匿権の法理の再構成そして拡大的解消——ジャーナリストの事実上の地位と法上の地位の狭間で——」海保大研究報告五〇巻二号一八〇頁(二〇〇五)が挙げられる。

一 日本の最高裁判平成一八年決定

日本の民事訴訟法は、証言義務(二九〇条)の例外となる証言拒絶権として、一九七条一項三号に証人が「技術又は職業の秘密に関する事項について尋問を受ける場合」を挙げている。

1 最三決平成一八年一〇月三日裁時一四二一号一三頁

平成一八年決定は、アメリカで合衆国政府を相手取り民事訴訟を起こしている原告が、日本居住者に対する証人

尋問を申請し、それが国際司法共助事件として新潟地方裁判所に係属した事件である。原告は基本事件で、合衆国の国税当局の職員が、日米同時税務調査において、日本の国税庁の税務官に対し、日本の報道機関に情報に漏えいすると知りながら情報を開示したことにより、国税庁の税務官が情報源となった報道がされ、その結果として損害を被ったと主張していた。そして、日米両政府による原告への追徴課税を報じたNHK記者に対し証人尋問を行い、取材源の特定に関する質問を行った。これに対しNHK記者は、それが職業の秘密に当たるとして証言を拒絶したものである。

最高裁は、取材源の秘密が民法一九七条一項三号にいう職業の秘密に当たるとした。しかし、証言拒絶が認められるには、この職業の秘密に当たることに加え、当該秘密が保護に値するものであることを要するとして、「秘密の公表によって生ずる不利益と証言の拒絶によって犠牲になる真実発見及び裁判の公正」とを比較衡量する必要があるとした。すなわち、

当該取材源の秘密が保護に値する秘密であるかどうかは、①当該報道の内容、性質、その持つ社会的意義・価値、②当該取材の態様、③将来における同種の取材活動が妨げられることによって生ずる不利益の内容、程度等と、④当該民事事件の内容、性質、その持つ社会的意義・価値、⑤当該民事事件において当該証言を必要とする程度、代替証拠の有無等の諸事情を比較衡量して決すべきことになる。^③

さらに最高裁は、この比較衡量にあたっては、次のような点が考慮されなければならないとしている。

①当該報道が公共の利益に関するものであって、②その取材の手段、方法が一般の刑罰法令に触れるとか、取

材源となつた者が取材源の秘密の開示を承諾しているなどの事情がなく、しかも、③当該民事事件が社会的意義や影響のある重大な民事事件であるため、当該取材源の秘密の社会的価値を考慮してもなお公正な裁判を實現すべき必要性が高く、そのために当該証言を得ることが必要不可欠であるといった事情が認められない場合には、当該取材源の秘密は保護に値すると解すべきであり、証人は、原則として、当該取材源に係る証言を拒絶することができるかと解するのが相当である。⁽⁴⁾

このような、秘密として保護すべき利益と、証言によつて得られる利益とを比較衡量するアプローチは、従来の下級審判決や学説で広く認められてきた手法を採用したものとされる。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

しかし、この判決には二つの疑問点を指摘することができる。第一に、最高裁は比較衡量の要素として、問題となる報道の社会的意義・価値や事件の社会的意義・価値を挙げているが、果たしてその社会的意義・価値とはいかにして測ることができるのだろうか。より具体的には、証拠も揃わないうちにそのような社会的意義・価値を同定することは可能なのだろうか。より理念的には、社会的意義・価値のないとされる訴えの当事者が証言を得られないのは、なぜ正当化できるのだろうか。

第二に、最高裁は取材態様が刑罰法令に触れるか否かに言及している。これとの関係で、刑事訴訟法は民事訴訟法と異なり、「技術又は職業に関する秘密」に関する証言拒絶を認めていないこと、またこの限定列举に照らして、いわゆる石井記者事件大法廷判決において最高裁が、刑事事件において報道関係者の取材源に関する証言拒絶権を否定したことが想起される。⁽⁷⁾ このように民事と刑事との違いが重要性を持つてくるのはなぜか。その重要性の差がいかに正当化されるのかと問えば、それは公正な裁判がなぜ必要とされるのかという問いと密接に関わってくるだろう。

2 決定に対するコメントから

平成一八年決定に対する学説の反応には、最高裁が取材の自由を尊重し、取材源の秘匿を原則として認める姿勢を示したものと、好意的なものが多い。⁽⁸⁾ 長谷部教授も、本決定の判断枠組みを「基本的には、報道の自由を支える公共の利益を勘案した、比較衡量の考え方にもとづくもの」として自然な論理の筋道と評しているが、その評釈の末尾で次のように述べている。

報道関係者の取材源秘匿を認めるべきか否かを判断するにあたっては、裁判所によって取材源に係る証言拒絶の認められなかった場合においても、取材源を記者が開示することは、極めて稀であろうことにも留意すべきである。取材源の開示は、当該記者にとってはその職業の遂行を極めて困難にするだけではなく、記者としての基本的な倫理に反するものでもあり、今後もジャーナリストとして生きていく以上は、よほどの事情がない限り、開示の要求に応ずることは考えにくい。一〇万円以下の罰金または拘留に処せられることが嫌で取材源を開示しようとする報道関係者がいるとは、余り予想しない方が賢明であらう。⁽¹⁰⁾

ここにも疑問を提起することができる。記者は本当に取材源を開示しないと切り切っているのだろうか。また、ジャーナリストが牢屋に入ればいいのだろうか。公法上の義務である証言義務への違反に対し、法律家は軽い罰則を科すのみで、指をくわえて見ているしかない、という状況をどのように考えたらよいのだろうか。本稿は、この軽やかな論評が一蹴する「公正な裁判」の利益に、改めて光を当てようと試みる。

(3) 丸数字は筆者溜箭の挿入による。

(4) 同様に、丸数字は筆者溜箭の挿入による。

(5) リーディング・ケースとして札幌高決昭和五四・八・三一下民集三〇巻五〇八号四〇三頁が挙げられる。

- (6) 田邊誠「証言拒絶事由(2)新聞記者の取材源」民事訴訟法判例百選(第三版・二〇〇三) 一五八頁。
- (7) 最大判昭和二七・八・六刑集六卷八号九七四頁。ただしこれは、最高裁が取材の自由について考え方を転換したとされる、いわゆる博多駅事件大法廷判決(最大決昭和四四・一一・二六刑集二三卷一一号一四九〇頁)に先立つ判決である。鈴木秀美「取材源の秘匿と表現の自由(石井記者事件判批)」憲法判例百選Ⅰ(第五版・二〇〇七) 一五七頁参照。
- (8) 好意的な判例評釈として、松井茂記・法教三一十九号三頁、鈴木秀美・判例セレクト二〇〇六(法教三一八号) 八頁、曾我部真裕・平成一八年重判解(ジュリー一三三二号) 二〇頁、右崎正博・法時七九卷五号一頁、飯田稔・亜法四一巻二号一五一頁(いずれも二〇〇七)。問題点を指摘しつつも基本的には比較衡量の枠組みを肯定するものとして、安達栄司・ひろば六〇巻七号五七頁、青柳幸一・同六〇巻五号七一頁、駒村圭吾・判時一九七八号一八七頁(いずれも二〇〇七)。比較衡量に批判的な評釈も、むしろ比較衡量の予見可能性が低く、秘密の保護が不十分であることを批判する。松本博之・平成一八年重判解(ジュリー一三三二号) 一二九頁(二〇〇七)、川嶋四郎・法七五一巻二二号一〇六頁(二〇〇六)。
- (9) 長谷部恭男「取材源秘匿と公正な裁判——憲法の視点から」ジュリー一三二九号二頁(二〇〇七) 五頁。
- (10) 同八頁。

二 比較対象としてアメリカでのミラー事件

アメリカでは、ヴァレリー・ブレームという女性がCIAのエージェントだと報じられたことに端を発し、政府の機密漏洩に関する連邦法違反で大陪審による捜査が行われた。⁽¹⁾ ニューヨーク・タイムズ社の記者ジュディス・ミラーは、ヴァレリー・ブレームについて記事を書いたわけではないものの、取材の過程で政府高官からこの情報を得ていたとされた。この情報漏洩は、ブッシュ政権によるイラク戦争の根拠となった、核兵器開発をもくろむとされるイラク政府のニジェールからの核物質入手疑惑に絡むものだった。ニジェールに派遣されたジョゼフ・ウィルソン大使は、調査により疑惑を裏付ける情報は得られなかったと報告したが、これを無視して大統領による一般教書演説がなされたとする手記をニューヨーク・タイムズ紙に投稿した。その後、ウィルソン大使の妻ヴァレリー・ブレームがCIA工作員だとする情報がリークされ、これがブッシュ政権の高官による報復を動機とした機密漏え

いではないかと疑われたのである。

二〇〇四年八月九日、ミラーに対し召喚状が発せられ、大陪審の前で取材源について証言するよう求められた。ミラーは報道関係者の証言拒絶権を主張して証言を拒んだため、大陪審の係属するDC地区連邦地方裁判所は、裁判所侮辱によりミラーの投獄を命じた。

ミラーは上訴してこれを争ったが、DC巡回区上訴裁判所は、ミラーの証言拒絶権を否定した。連邦最高裁がこの判決の上訴を受け付けないことを決めた数日後の二〇〇五年七月六日、ミラーは連邦政府の刑務所に収監された。ミラーは、取材源からの証言の許可を得たとして証言に同意し、二〇〇五年九月二十九日に釈放されるまでの八五日間、牢に留まった。

1 *In re* Judith Miller, 397 F. 3d 964 (D.C. Cir. 2005)

ミラー記者の証言拒絶権を否定したDC巡回区上訴裁判所の判断は、全裁判官の一致だった。これは本件が二つの意味でイージー・ケースだったことを示している。第一に、事案が大陪審に対する報道関係者の証言拒絶を否定した連邦最高裁判決 *Branzburg v. Hayes* と全く同じで、この先例と区別するような重要な事実の違いが見出せない⁽¹³⁾。第二に、仮に *Branzburg* 事件では問題とならなかった法理に基づき、報道関係者の証言拒絶権を一般論として認められるとしても、なお具体的事情に照らせば証言拒絶を認める余地はない⁽¹⁴⁾。

三人の裁判官は、本件が先例との関係上、表現の自由を定めた第一修正に基づく証言拒絶権は認められないことで一致した。しかし判決には、三裁判官それぞれが別個に同意意見を付している。各裁判官の理解が分かれたのは、判例法（コモン・ロー）上の証言拒絶権を認める余地があるか否かだった。これは、連邦証拠法が、「証人……の証言拒絶権は、連邦裁判所が見識と経験に照らして解釈するところのコモン・ロー上の理念によって定めら

れる⁽¹⁵⁾」と規定していることによる。Sentelle 裁判官は、この規定のもとでも、判例法として報道関係者の証言拒絶権を認めることはできないとした⁽¹⁶⁾のに対し、Tatei 裁判官は、報道関係者の証言拒絶権の存在を肯定する立場をとった⁽¹⁷⁾。ただしそのTatei 裁判官も、本件の具体的事案に関しては拒絶を認めなかった。そしてHenderson 裁判官は、コモン・ロー上の争点についての抽象的判断がどうであれ、本件では証言拒絶が認められない以上、この争点に踏み込む必要性はない、との立場をとった⁽¹⁸⁾。

一般論として報道関係者の証言拒絶権を認めるTatei 裁判官は、証言を求める当事者にとつての証拠の必要性和、当該当事者が他の情報源から情報を得る努力を尽くしたこと、の二点が、具体的に証言拒絶を認める中心的要件だと認めた。しかしTatei 裁判官はさらに、証言を強制することの利益としてリークによって生じた損害を、これに対し、取材による利益としてリークによって得られた情報の価値をとり、両者を比較衡量すべきだと論じた⁽¹⁹⁾。これは、平成一八年決定とよく似た利益衡量枠組みといえる。しかしこれに対しては、Henderson 裁判官から、比較の有用性を疑問視する批判がなされている。すなわち、リークによって生ずる損害とリークによって得られる情報の価値とは、いずれも対象となる情報の重要性和と相関関係にあることが多い。また、検察が訴追しようとする特定の犯罪の重要性について裁判官が判断を下すことにも、危険性が伴う。他方で、裁判官が取材行為の社会にとつての重要性を判断することにも、言論の価値判断は政府ではなく発話者に委ねられるという表現の自由の理念に抵触する恐れが伴う⁽²⁰⁾。

連邦最高裁は上訴の申し立てを退け、ミラー記者は裁判所侮辱が確定し、連邦の刑務所に収監された。

2 比較の試み

この段階で、日本の平成一八年決定と同年アメリカにおけるミラー事件を比較してみる。

二つの事件には、事実関係の面で多くの共通点がある。いずれにおいても事件の中心が、公権力からの報道機関へのリークにあった。そしていずれの事件でも、誰が公権力側でリークをしたかが原告ないし訴追側の主張の重要な要素だったという意味で、争点そのものが不当な秘密開示と関わっていた。さらに、原告ないし訴追側の主張が正しければ、報道関係者自身が公務員の守秘義務違反の相手方当事者となっていた。⁽²¹⁾

しかし、相違もないわけではない。ミラー事件の基本事件は刑事手続だったのに対し、平成一八年決定の基本事件は民事手続だった。ミラー事件では大陪審が捜査段階にあり、他方平成一八年決定では米国の民事訴訟がデイスカバリーの段階にあり、日本の裁判所は司法共助により証人尋問の囑託を受けていた。

そして何よりも結論が違った。ミラー事件では記者の証言拒絶の主張が退けられたのに対し、平成一八年決定では証言拒絶が認められた。さらにミラー事件は、政治的意味合いの大きさにもかかわらず、法的には判例の確立したイージー・ケースだったのに対し、平成一八年決定は、民事事件における報道関係者の証言拒絶権に関して、最高裁として初めて判示した事件だった。この点につき、日本では裁判例及び学説の蓄積も限られていたとされる。⁽²²⁾

証人の証言拒絶への制裁も大きく異なる。アメリカでは裁判所侮辱により罰金と投獄の制裁があり、実際にミラー記者は八五日もの間獄中にあった。これに対し、日本では長谷部教授の指摘するとおり大した制裁は用意されていない。

事件レベルの異同の背後には、日米の制度的差異が控えている。アメリカには陪審が存在するのにに対し、日本では基本的に専門職業裁判官により裁判が行われる。陪審の存在と関連して、英米法では、民事と刑事に共通の証拠法が判例を中心に発展してきた。⁽²³⁾これに対し日本では、証拠法の発展が相対的に限られているのに加え、民事と刑事との峻別が顕著だという特徴もある。⁽²⁴⁾

さらに、日米では民事訴訟と刑事訴訟の考え方に大きな違いがある。日本では刑事訴訟においては真実発見が強

調される反面、民事訴訟では秘密の保護が重視され、真実発見はもとも犠牲になるといわれることがある。⁽²⁵⁾ アメリカではこれと正反対に、民事訴訟の当事者は紛争と関わるほばあらゆる情報を得ることができ、これは刑事訴訟の当事者に許された情報収集の範囲をはるかに上回る。⁽²⁶⁾

象徴的な例が営業秘密とプライバシーである。日本の民事訴訟法は、「技術または職業の秘密に関する事項」について証人の証言拒絶権を認め(一九七号一項三号)⁽²⁷⁾、また証言が配偶者や近い親族・姻族の「名誉を害すべき事項」に関わる場合にも証言を拒むことができるとしている(一九六条)。これに対し刑事訴訟法ではこれに相当する証言拒絶権は認められていない(二四七条、一四九条)。

他方アメリカでは、民事訴訟の当事者に広範なディスカバリーが認められている。営業秘密を理由とした証言拒絶権は、証言拒絶の諸類型の中でも変則的なものとして扱われてきた。⁽²⁸⁾ 二〇世紀半ば以降、多くの州で制定法により営業秘密による証言拒絶を認めるようになってきたが、営業秘密の開示が当事者の主張立証に必要とされた場合には、一般に開示しなければならない。⁽²⁹⁾ プライバシーに関しては、アメリカでも配偶者間の証言拒絶権が民事・刑事を問わずに認められるが、民事訴訟では秘密の会話に限って証言拒絶が認められるのに対し、刑事訴訟では配偶者の不利になる場合には証言を拒絶できるなど、刑事事件で手厚い秘密の保護がみられる。⁽³⁰⁾ さらに刑事訴訟では、連邦憲法第四修正のもと、刑事被告人の権利保護がプライバシーの権利を中核に発展し、膨大な法体系を形成している。⁽³¹⁾

本稿では、平成一八年決定とミラー事件の違いからその背後にある制度的違いまでを、日米両国の裁判のとりえ方という角度から比較検討しようと試みる。この違いは、証言拒絶の問題における「裁判の公正」という価値に光を当てるとともに、表現の自由や知る権利の価値、さらに裁判所の権力をいかに観念するかという大きな問題にも示唆を与えるものと思われる。

日米の比較といっても、アメリカの議論の白熱した状況と日本の沈黙とは、あまりに対照的である。以下三〇六では、もっぱらアメリカにおける判例や学説の展開を見る。最後に七において、日本の状況をその沈黙のもつ意味を含めて比較法的に分析する。

- (11) 司法省はバトリック・フィッツジェラルドを特別検察官に任命し、情報機関身元保護法 (Intelligence Identity Protection Act of 1982, 50 U.S.C. § 421) 違反の容疑で大陪審による捜査が開始された。
- (12) 408 U.S. 665 (1972).
- (13) *In re Judith Miller*, 397 F.3d 964, 970 (D.C. Cir. 2005).
- (14) *Id.* at 972-73.
- (15) Fed. R. Evid. 501, の文言自体は、連邦最高裁の判例法に起源をもつ。Wolfe v. United States, 291 U.S. 7, 12 (1934). 連邦証拠法について、後掲注 50-54 及び対応する本文参照。
- (16) *In re Judith Miller*, 397 F.3d, at 976 (Sentelle, J., concurring).
- (17) *Id.* at 991-95 (Tatel, J., concurring).
- (18) *Id.* at 982-83 (Henderson, J., concurring).
- (19) *Id.* at 997-98 (Tatel, J., concurring).
- (20) *Id.* at 984-86 (Henderson, J., concurring).
- (21) 平成一八年決定と基本事件を同じくし、読売新聞社の記者による証言拒絶権が問題となった東京地決平成一八・三・一四判時一九二六号四二頁参照。この決定で東京地裁は、刑罰法令違反行為を犯したことが強く疑われる取材源についての証言拒絶を適法と認めることは、間接的に犯罪行為の隠蔽に加担し、これを奨励するに等しい行為であって、民事訴訟法の規定する証言拒絶権をこのような場合に認めることは到底許されない」として、証言拒絶を否定した。ただし、この決定は上訴審である東京高決平成一八・六・一四判時一九三九号二八頁で覆された。
- (22) 春日偉知郎「証言拒絶権」竹下守夫編集代表『講座・新民事訴訟法(2)』一二三頁（一九九九）一五七頁、小林秀之『新証拠法』（第二版・二〇〇三）一一九頁参照。
- (23) 浅香吉幹『アメリカ民事手続法』（二〇〇〇）一一九頁、田中和夫『新版証拠法』（一九九九）七一九頁参照。
- (24) 田宮裕『刑事訴訟法』（新版・一九九六）八二二―二四頁。
- (25) 松本博之＝上野泰男『民事訴訟法』（第四版補正版・二〇〇六）四〇三頁、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法・下』（補訂版・二〇〇六）二六頁注（一）参照。

- (26) RANDOLPH N. JONAKAIT, *THE AMERICAN JURY SYSTEM*, 10 (2003). これは、日米の比較に留まらず、大陸法系と大陸法系の差異によるというところである。MIRIAM R. DAMASKA, *EVIDENCE LAW ADRIPT*, 116-17 (1997).
- (27) ただし、民事訴訟法でいう「技術又は職業の秘密」は、技術自体が財産的価値を有しなくてもよいなど、「秘密管理」「有用性」「非公知性」を要件とする不正競争防止法二条一項四号で保護される営業秘密とは異なるとされる。伊藤眞『民事訴訟法』(第三版補訂版・二〇〇五)三五〇頁。
- (28) 営業秘密による証言拒絶は、アメリカでは証拠法上の特権 privilege ではなく、衡平 (エクイティー) の観点から裁判所の裁量により認められてきた。26 CHARLES ALAN WRIGHT & KENNETH W. GRAHAM, JR., *FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE* § 5641, at 288 (3d ed. 1980). アメリカの代表的な証拠法の体系書でも、営業秘密を証言拒絶権として取り上げないものもある。See, e.g., 1 MCCORMICK ON EVIDENCE, Titles 5 & 6 (Kenneth S. Broun ed. 6th ed. 2006).
- (29) See, UNIF. R. EVID. § 507 (1999). 連邦レベルでは、営業秘密の保護を認める証拠規則が提案されたものの、連邦議会によって拒否された。現在判例法により限定的な保護が認められている。See, *Federal Open Market Comm. v. Merrill*, 443 U.S. 340, 362 (1979). 連邦民事訴訟規則は、営業秘密の開示が求められた場合に、裁判所に開示を禁じたり、開示の方法を限定したりするなどの命令を下す裁量を与えている。Fed. R. Civ. P. 26 (c) (7).
- (30) See, UNIF. R. EVID. § 504 (1999).
- (31) See, Simon H. Rifkind, *Are We Asking Too Much of Our Courts?*, 70 F.R.D. 96, 107 (1976) (「民事訴訟のデイスカバリー手続を外国人が見たら、この国に第四修正による庇護のもと壮麗なるプライバシーの伝統があるとは、夢にも思わないだろう。」)。

III Branzburg 判決

本稿では、アメリカにおける報道関係者の証言拒絶権の現状を分析するため、ミラー事件で先例となった一九七二年の連邦最高裁判決 *Branzburg v. Hays* にまで遡る⁽³²⁾。アメリカではこの判決以前からも、報道関係者による取材源秘匿の主張はなされてきたが、それが初めて表現の自由の問題として裁判所に登場したのは、一九五〇年代に入ってからのことだった⁽³³⁾。それから十余年、報道関係者は繰り返し表現の自由に託して取材源の秘匿を主張してきたが、裁判所は一貫して冷たい態度を取り続けた。

こうした中、連邦第九巡回区上訴裁判所は一九七〇年に画期的な判決を下し、報道関係者による取材源の秘匿を

初めて認めた。⁽³⁴⁾ 当時勢力をもちつつあった黒人民族主義勢力ブラック・パンサーの活動に対し、大陪審が捜査を開始し、ニューヨーク・タイムズ紙のEarl Caldwell記者に対し取材源を含む事項に関する証言を求めた。しかし第九巡回区は、Caldwell記者に証言を強制する「やむにやまれぬ必要性 compelling need」が証明されていないとして、記者に対する召喚状を無効とした。

1 Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665 (1972)

連邦最高裁はしかし、五対四で第九巡回区の判決を覆した。

法廷意見を著したホワイト裁判官は、第一修正に基づく証言拒絶権を主張する新聞記者らの主張を退けるにあたり、秘密裏に得られた情報を大陪審に開示しない、という一般市民には与えられていない特権を記者に認めることはできないとした。⁽³⁵⁾ そして、証言拒絶権はあくまで例外であり限定されるべきだとして、市民はあらゆる人から証拠を得る権利を持っている (the public has a right to every man's evidence) ことを強調した。⁽³⁶⁾ 憲法に定められた大陪審の地位、刑事事件の重要性に照らすと、報道への負担は、やむにやまれぬ政府利益 compelling interest の判断基準に照らして正当化される、という。⁽³⁷⁾

この判断の背後には、証言拒絶が認められないと取材活動が妨げられ、市民にいきわたる情報が減ってしまうという主張が、根拠薄弱で推測に過ぎないとの認識がある。⁽³⁸⁾ ただし法廷意見も、大陪審による捜査が嫌がらせなど正当な目的に反してなされたなどの限られた場合には、第一修正上何らかの保護が与えられる余地を認めた。⁽³⁹⁾

法廷意見に同意意見を付したパウエル裁判官は、記者に対して第一修正上の保護が及ばないわけではないとして、事件ごとの個別の事実⁽⁴⁰⁾に照らして、報道の自由とすべての市民が証言義務を負うことを衡量すべきだ、と述べた。

これに対し、四人の裁判官が反対した。三人の裁判官を代表したステュワート裁判官は、報道関係者に対しては、第一修正を根拠に条件付きの証言拒絶権を与えるべきだとした。ステュワート裁判官は、情報源の存在は報道関係者による取材、さらには一般市民への自由な情報の流通のために必要なものだとした。そして、匿名性がこういった情報源の確保に重要な役割を果たしていることを認め、情報源の秘密が開示されると、取材源は情報提供に二の足を踏み、記者もニュースを報道しにくくなる、と述べた。⁽⁴¹⁾

そしてステュワート裁判官は、司法運営に関する公的な利益と、自由な情報の流通という憲法上の保護とを衡量すべきだとして、具体的な判断基準として、政府に次の三点の証明責任を負わせる枠組みを提示した。①記者が具体的な違法行為に明らかに関連する情報を持つているとする相当の理由があること、②第一修正を損なう程度がより低い手段では当該情報が得られないこと、③情報にやむにやまれぬ優先的な *compelling and overriding* 利益があること、である。⁽⁴²⁾

もう一人反対意見を著したダグラス裁判官は、第一修正のもとでは、記者には証言拒絶義務からの完全な免責が認められるべきだ、と述べた。⁽⁴³⁾

2 Branzburg 判決の時代背景

Branzburg 事件からは、一九六八年にキング牧師が暗殺され、急進的なブラック・パンサーと政府とが対立する中で、メディアも政府に対し厳しい姿勢をとっている社会状況が見て取れる。一九七〇年代は、ベトナム戦争に象徴されるように、政府が巨大化し、さらにその腐敗が明るみになった時代だった。この時期のメディアは、権力との対立姿勢を強めていった。⁽⁴⁴⁾

Branzburg 事件の判決が下された一九七二年、ウォーターゲートにある民主党事務所への住居侵入事件から、

ニクソン政権の組織的不正行為が次々に露見し、のちにウォーターゲート事件と呼ばれる巨大な政治スキャンダルへと発展した。この事件の解明に大きな役割を果たしたのは、Bob Woodward記者らのワシントン・ポストや、ニューヨーク・タイムズ紙による調査記事だった。大規模な権力濫用が明るみに出る中、新聞報道の重要な役割だけでなく、取材の中で匿名取材源のもつ重要性が強く印象付けられた。⁽⁴⁵⁾

連邦議会による調査も始まり、その過程で浮上したのがニクソン大統領自身による録音テープだった。議会はテープの提出を要求、これに反対するニクソン政権側との争いは、連邦最高裁にいたった。連邦最高裁は、大統領による執行府の証言拒絶権 executive privilege の主張を退け、全員一致でニクソン大統領の録音テープの提出を命じた。⁽⁴⁶⁾ その中で連邦最高裁は、証言拒絶権は真実の探索を損なうがゆえに、軽々に認めたり広く解釈したりされるべきではない、と述べた。⁽⁴⁷⁾ ニクソンはこの連邦最高裁判決の一〇日後、辞任に追い込まれた。

この時代のメディアは、巨大化した政府の腐敗を暴く、権力の見張り役というにふさわしい英雄的な活躍を見せた。連邦最高裁のリベラルな裁判官が、法廷の内外でメディアを第四の権力として位置づける立場を示したのもこの時期だった。⁽⁴⁸⁾ しかし、連邦最高裁ではニクソン大統領の時代にいわゆる保守的バーガー・コートが完成したとされ、市民的自由や市民の権利に冷淡な方向性が示されることが危惧されていた。⁽⁴⁹⁾

一九七〇年代はまた、連邦証拠規則の制定過程が政治問題化した時期でもあった。連邦最高裁による規則制定案⁽⁵⁰⁾ に対し、議会が拒否権を発動した。⁽⁵¹⁾ その中で最も大きな論争を呼んだのが、証言拒絶権の規定だった。

当初の連邦最高裁の案は、証言拒絶権に関わる第五章に二三か条の規定をおき、九項目の証言拒絶権を設けていた。⁽⁵²⁾ しかし連邦議会での議論を経て成立した証拠法には、証言拒絶権につき五〇一条の一条しか残されなかった。この五〇一条は、証言拒絶権を州法・判例法の発展に委ねている。⁽⁵³⁾

この規定は、二つの意味で権力分散を体现している。第一に、連邦による統一的な規律が否定される。証言拒絶

権の実体法上のインパクトに照らして、州法上の権利義務に関わる場合には、連邦裁判所での訴訟でも州の判例ないし制定法に従うべきだとされる。第二が、法典による統一的な規律の否定である。あらゆる事件に適用される準則を一度に宣明するのではなく、判例による事例に応じた漸進的な法形成を待つものといえる。⁽⁵⁴⁾

- (32) Branzburg 事件は日本において、表現の自由という憲法的価値を非常に高く評価するアメリカにおいて、取材源秘匿特権が正面から認められていないことを示すものとして、意外性をもって受け止められている。坂田・前掲注(一)一六頁、伊藤・前掲注(27)三五二頁注30。
- (33) *Clein v. State*, 52 So. 2d 117 (Fla. 1950); *Garland v. Torre*, 259 F.2d 545 (2d Cir. 1958). See, Anthony L. Fargo, *The Journalist's Privilege for Non Confidential Information in States with Shield Laws*, 4 COMM. L. & POLY 325, 329-31 (2000). それ以前の報道関係者による証言拒絶権の主張は、もっぱら証拠法を根拠にしており、裁判所を含め法律家はほぼ一様に懐疑的だったとされる。23 CHARLES ALAN WRIGHT & KENNETH W. GRAHAM, JR., *FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE* § 5426, at 725-26 (3d ed. 1980).
- (34) *Caldwell v. United States*, 434 F.2d 1081 (9th Cir. 1970). この判決が出つからまだ連邦最高裁に覆される前の段階で、取材源秘匿の権利について日米比較をしたものとして、佐藤・前掲注(2)。取材源秘匿を広く認め(同一三六三九頁)、大陪審手続でも全面的な秘匿権を肯定する(同一四〇四頁)など、当時のアメリカにおける取材源秘匿に肯定的な流れが強く反映されている。
- (35) *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665, 682-85 (1972).
- (36) *Id.* at 688 (quoting from 8 JOHN HENRY WIGMORE, *EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW* § 2192 (McNaughton rev. 1961)).
- (37) *Id.* at 690-91.
- (38) *Id.* at 693-95.
- (39) *Id.* at 707-08.
- (40) *Id.* at 709-10 (Powell, J., concurring).
- (41) *Id.* at 728-33 (Stewart, J., dissenting).
- (42) *Id.* at 743 (Stewart, J., dissenting).
- (43) *Id.* at 719-20 (Douglas, J., dissenting).
- (44) 23 WRIGHT & GRAHAM, *supra* note 33, § 5426 at 735-37.
- (45) See, CARL BERNSTEIN & BOB WOODWARD, *ALL THE PRESIDENT'S MEN* (1974); THEODORE H. WHITE, *THE BREACH OF FAITH: THE FALL OF RICHARD NIXON* (1975).
- (46) *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

- (47) *Id.* at 710.
- (48) *Saxbe v. Washington Post Co.*, 417 U.S. 843, 863-64 (1974) (Powell, J., dissenting); Potter Stewart, "Or of the Press," 26 *HASTINGS L.J.* 631, 633-34 (1975).
- (49) Norman Dorsen & Joel Gora, *The Burger Court and the Freedom of Speech, in THE BURGER COURT: THE COUNTER-REVOLUTION THAT WASN'T* 28, 28 (Vincent Blasi ed., 1983). なお、政府への不信の高まりや連邦最高裁の保守化への警戒感が、*Branzburg* 判決に対し極度に否定的な学説の反応につながったが、判決の背後には従来からの革新主義 Progressive な裁判像があると考えられる。²³ WRIGHT & GRAHAM, *supra* note 33, § 5426 at 743.
- (50) Proposed Federal Rules of Evidence, 56 F.R.D. 183 (1973).
- (51) Federal Rules of Evidence, Act of Jan. 2, 1975, Pub. L. 93-595, effective July 1, 1975.
- (52) 具体的には、制定法で義務付けられた報告書（五〇二条）、弁護士・依頼者間（五〇三条）、精神療法師・患者間（五〇四条）、配偶者間（五〇五条）、牧師とのやりとり（五〇六条）、投票（五〇七条）、営業秘密（五〇八条）、国家の機密情報（五〇九条）、情報提供者の身元情報（五一〇条）につき証言拒絶権が認められ、そのほかには憲法で認められるものを除いては証言拒絶権を認めないとされた（五一一条）。
- (53) *Far. R. EVID.* 501（「原則：連邦憲法の求める場合又は連邦議会制定法又は連邦最高裁による規則に規定のある場合を除き、証人、人、政府、州又はその政治的下部組織の証言拒絶権は、連邦裁判所により見識と経験（reason and experience）に照らして解釈されるコモン・ローの諸原則により規律されるものとする。しかし、民事の訴訟及び手続においては、州法が判断規範を与える請求又は抗弁の要件に関しては、証人、人、政府、州又はその政治的下部組織の証言拒絶権は、州法に従って判断されなければならない。」）
- (54) 23 WRIGHT & GRAHAM, *supra* note 33, § 5422 at 688-91.

四 Branzburg 判決への解釈の展開——各種の法的手続に応じて

連邦最高裁の *Branzburg* 判決は、報道関係者の証言拒絶権をめぐる議論の終点ではなかった。各州では、報道関係者の証言拒絶権を立法で認める、いわゆるシールド法が成立した。シールド法のない州や連邦の裁判所においても、刑事事件や民事事件のさまざまな裁判手続の場面で報道関係者の証言拒絶権を扱う中で、証言拒絶権を否定した *Branzburg* 判決の射程を狭く解釈する傾向を強めていった。⁽⁵⁵⁾ そこでは、一定の利益衡量の余地を認めたパウエル裁判官の判断枠組みが広く引用され、限定的ながら証言拒絶権が認められつつある。ホワイト裁判官の法廷意

見は骨抜きにされ、判決の五年後には第一修正に基づく証言拒絶権の存在は疑いないとさえいわれるに至った。⁽⁵⁶⁾
 以下では、*Brandenburg* 判決がその後裁判所でいかに解釈されていたか、手続きの段階を追って概観する。⁽⁵⁷⁾

1 刑事捜査

連邦最高裁は *Brandenburg* 判決の六年後、*Zurcher v. Stanford Daily* ⁽⁵⁸⁾において、被疑者ではない第三者たる報道関係者に対し、警察が捜査令状を請求したのを合憲とする判決を下した。下級審は、不合理な搜索押収を禁じた連邦憲法第四修正の解釈として、警察による被疑者以外の者に対する搜索令状の請求は、召喚状 *subpoena duces tecum* が実際上有用でないと証明できない限り認められない、と判断していた。そして、報道関係者に対する搜索に際しては、第一修正にかんがみ、召喚状の実際の有用性につきとりわけ厳格な判断がなされるべきだとされた。⁽⁵⁹⁾

しかし連邦最高裁はこれを覆した。連邦最高裁は、第四修正の要件は、搜索押収の対象が被疑者であると被疑者以外の者であるかを問わず、「相当の理由」があれば満たされると判示した。報道関係者を対象とした搜索押収でも、第一修正に照らして搜索押収の要件は厳格に守られる必要があるが、第四修正の要件が満たされればそれ以上の要件は課されるべきでないとされる。そして、報道関係者への搜索が認められると、秘密の情報源からの取材が妨げられるという主張も退けられた。

この *Zurcher* 判決に対しては、厳しい批判の声が上がった。連邦議会は、判決の翌年にプライバシー保護法を成立させ、報道関係者に關して、政府の官吏又は職員による搜索押収を原則として禁止した。⁽⁶⁰⁾ この規定の対象となる「政府」は連邦も州も含んでおり、全国一律に効力をもつ。これによって、刑事事件の捜査段階で報道関係者と取材源との間の信頼関係が破壊される恐れは、当面なくなつたとされる。⁽⁶²⁾

2 大陪審

Branzburg 判決後の下級審は、大陪審に関してはほぼ一貫して報道関係者の証言拒絶を認めてこなかった。⁽⁶³⁾

大陪審とは、刑事事件の起訴を担当する二三人の市民からなる陪審であるが、「盾」と「刀」の二重の役割を果たすといわれる。⁽⁶⁴⁾ 盾の機能とは、政府と市民との間に立つて、政府による訴追の適正さを審査することである。他方で大陪審は、「刀」として強力な捜査権限を与えられている。この捜査権限は、違反に対しては裁判所侮辱による制裁が伴う召喚状で裏打ちされており、これによって大陪審は検察や警察が取得できない証拠をも収集することができ、大規模な組織犯罪や政治汚職などに威力を発揮する。

大陪審の証拠収集を尊重する根拠としてしばしば引き合いに出されるのが、“the public has a right to every man's evidence”との英米法で伝統的に使われてきた表現である。⁽⁶⁵⁾ この一節は、従来は証拠法一般について用いられてきたようだが、⁽⁶⁶⁾ 今日、少なくとも証言拒絶権の文脈ではもっぱら大陪審について用いられている。⁽⁶⁷⁾

警察や検察には認められないような証言の取得が大陪審に認められる背景には、強力な捜査権限を認められる大陪審の伝統に加え、召喚状については不服をもつ者に裁判所で争う手続が保障されていることも見逃すことができない。⁽⁶⁸⁾

3 トライアル trial

刑事訴訟のトライアルにおける取材源の開示に関する判断基準をみると、連邦の巡回区や州ごとに若干異なる判例法理が展開している。しかし証言拒絶権を認める法域では、大まかにみて、公正な裁判ないし公正な司法運営に必須かという観点から、当該開示が訴追の対象となる犯罪の立証ないし被告人の防御にとって重要か、あるいは関連性があるか否か、によって判断がなされているとされる。⁽⁶⁹⁾

民事訴訟においても、判断基準は法域ごとにばらつきがあるものの、典型的には証言を求める当事者が次の要素を示さなければならない。①開示を求められた情報が、他の情報源から入手可能か、②当該情報が訴訟に関連性有するか、③訴えが明らかな嫌がらせ frivolous や勝ち目のないもの without merit ではないか。⁽⁷⁰⁾

これらの判断基準を比べてみると、一見すると民事訴訟のほうが要件が厳しいようだが、実際上の差異はかなり小さい。既に Branzburg 判決の法廷意見においても、ホワイト裁判官は、刑事手続が嫌がらせ的な意図で行われた場合には、記者に第一修正上の保護が及び開示強制が認められないと述べていた。⁽⁷¹⁾ また刑事訴訟では、召喚状による証拠収集の段階で、民事訴訟よりも厳しい関連性の審査がかかる。⁽⁷²⁾

実際、民事事件と刑事事件の両方の局面で証言拒絶権を認める判例には、判断基準を区別する必要がないとしたものがある。例えば、第二巡回区は United States v. Burke において、民事と刑事において理念的に区別をする根拠はないと述べ、民事事件における証言拒絶権と同じ判断枠組みによる保護を刑事事件にも及ぼした。⁽⁷³⁾ ただしこの判決も、刑事事件においては刑事被告人が訴訟の結果に大きな利害関係をもっており、この点が具体的な証拠の必要性的判断に影響を及ぼす可能性を示唆している。⁽⁷⁴⁾

他方で、民事訴訟では証言拒絶権を認めるものの、刑事訴訟では保護の度合いが低い、あるいは証言拒絶を認めない法域も存在する。⁽⁷⁵⁾ 初期の判例においては、Branzburg 事件と区別するために民事・刑事の違いが強調される傾向があり、また第六修正の刑事被告人の権利を重視する判例もある。⁽⁷⁶⁾ しかし、刑事法の執行の重要性を強調する判例も存在し、その傾向はとりわけ一九九〇年代以降に強まっていった。⁽⁷⁸⁾ この動きは六において見ることにする。

また比較衡量の内容を具体的にみると、民事・刑事を問わず、問題の情報が訴訟に必要かどうか为中心的な要素になっていることが分かる。事件の社会的重要性が問われることはまれである。Branzburg 事件において、ステュワート裁判官は反対意見において、表現の自由に関わる厳格な審査基準という観点から、三つの衡量要素のひと

つとして、情報にやむにやまれぬ優先的な利益があることの立証を要求していた。しかしこの要素には曖昧だとの批判が強く、後の下級審判例の中で、徐々に重みを失っていった。⁽⁷⁹⁾

- (55) シールド法のない一九州のうち一八州において、判例により一定の証言拒絶権が認められていった。
 - (56) *Silkwood v. Kerr-McGee Corp.*, 563 F.2d 433, 437 (10th Cir. 1977).
 - (57) 以下では、平成一八年決定やミラー事件のように、証言を求められる報道関係者が訴訟の当事者ではない事案を中心に概観する。
 - (58) 436 U.S. 547 (1978).
 - (59) *Stanford Daily v. Zurcher*, 353 F. Supp. 124 (N.D. Cal. 1972), *aff'd*, *Zurcher v. Stanford Daily*, 550 F.2d 464 (9th Cir. 1977).
 - (60) *Privacy Protection Act of 1980*, Pub. L. No. 96-440, 94 Stat. 1879 (1980), codified at 42 U.S.C. §§ 2000 aa. 「(1)……政府の官吏又は従業員が、犯罪行為の捜査又は訴追に関連し、……新聞、本、放送、又はこれに類似する公共的な通信を公衆に提供することを目的をもつと合理的に信じられる者によって所持された作業資料 work product materials に対し、捜索押収を行うことは違法である。」(1)項では例外として、作業資料を所持する者自身が犯罪行為をした場合と、死や重大な人身損害を防ぐために必要な場合が定められている。(2)項は作業資料以外の文書についても同様の規定を設けているが、例外が相対的に広い。
 - このような報道関係者を対象とした定めをおく Title I に続き、Title II は、報道関係者ではない被疑者以外の者に対する捜索押収について規定し、司法省長官にガイドラインの策定を義務付けている。42 U.S.C. § 2000 aa-11.
 - 同法を批判的に紹介したものとして、Jose J. Santiago, *Note, The Privacy Protection Act of 1980: Curbing Unrestricted Third Party Searches in the Wake of Zurcher v. Stanford Daily*, U. Mich. J. L. Ref. 519 (1981). 立法過程を紹介するものとして、Susan K. Erburn, *Note, Zurcher v. Stanford Daily: Legislative Debate*, 17 HARV. J. LEG. 152 (1980).
 - (61) ただし、Title II の司法省長官のガイドラインは州の官吏に対して拘束力をもたない。
 - (62) Marc Franklin et al., *MASS MEDIA LAW*, 664 (6th ed. 2000). ただし、捜査機関には様々な抜け穴が残され、また違反行為に対する救済が不十分であるとの指摘もある。Santiago, *supra* note 60, at 540-50.
 - (63) *In re Judith Miller*, 397 F.3d 964 (D.C. Cir. 2005) のおなじみ N.Y. Times Co. v. Gonzales, 459 F.3d 160 (2d Cir. 2006); *Scarce v. United States*, 5 F.3d 397 (9th Cir. 1993); *Storer Comm'n, Inc. v. Giovan*, 810 F.2d 580 (6th Cir. 1987).
- 報道関係者の証言拒絶権を重視し、*Branzburg* 判決に批判的な論者から、大陪審が政府の権限行使を監視する側面を重視するなら、大陪審による事実認定能力を阻害すべきではないとの理解を示された。Vincent Biasi, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 1977 *Am. B. FOUND. RES. J.* 521, 605. ただし Biasi は、*Branzburg* 判決のホワイト裁判官による法廷意見は、大陪審が政府による起訴要請を審査する機能を強調するだけで、公権力の腐敗を積極的に暴く機能について一切触れていないと述べている。Id. at 601.

- (3) WAYNE R. LAFAVE ET AL. CRIMINAL PROCEDURE (2d ed. 1999) § 8.1(a) at 5.
- (4) *Id.* § 8.6(a) at 113.
- (5) See, 8 JOHN HENRY WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW § 2192, at 70-72 (McNaughton rev. 1961).
- (6) 刑事事件における報道機関に対する搜索の合理性を認めた *Zutcher* 判決は、法廷意見はこの一節を引用しないし、むしろ反対意見が「本件は、*Branzburg* 判決の核心である「the public has a right to every man's evidence」の理念に関わるものではない」と述べている。
- (7) *Zutcher*, 436 U.S. at 574 (Stewart, J., dissenting).
- (8) See, *id.* at 575-76 (Stewart, J., dissenting).
- (9) Romualdo P. Eclavea, Annotation, *Privilege of Newspapers against Disclosure of Confidential Sources or Information*, 99 A.L.R. 3d 37 (1980), at *7 a.
- (10) *Id.* at *11 a.
- (11) *Branzburg*, 408 U.S. at 707-08.
- (12) Fed. R. CRIM. P. 17(c).
- (13) 700 F.2d 70, 77 (2d Cir. 1983). See also, *United States v. Cuthbertson*, 630 F.2d 139, 146 (3d Cir. 1980).
- (14) *Burke*, 700 F.2d at 77; *Cuthbertson*, 630 F.2d at 147.
- (15) *Zerilli v. Smith*, 656 F.2d 705, 711-12 (D. C. Cir. 1981).
- (16) Willard L. Eckhardt, Jr. & Arthur Duncan McKey, Caldero v. Tribune Publishing Co.: *Substantive and Remedial Protection for Reporter's Confidential Sources*, 14 IDAHO L. REV. 21, 111-12 (1977).
- (17) See, U.S. v. LaRouche Campaign, 841 F.2d 1176, 1182 (1st Cir. 1988); *State v. Rinaldo*, 689 P. 2d 392, 395-96 (Wash. 1984). 刑事被告人の権利の重要性は、証言拒絶権の必要性を重視する論者の中にも広く認められている。Domina M. Murasky, *The Journalist's Privilege: Branzburg and its Aftermath*, 52 TEX. L. REV. 829, 892 (1974); Biasi, *supra* note 63, at 607. 十口・前掲注(二) 五一-五五頁参照。
- (18) See, e.g., McKeivitt v. Pallasch, 339 F.3d 530, 532-33 (7th Cir. 2003); *United States v. Smith*, 135 F.3d 963, 972 (5th Cir. 1998); *State ex rel. Healey v. McMeans*, 884 S.W. 2d 772 (Tex. App 1994) (en banc).
- (19) 23 WRIGHT & GRAHAM, *supra* note 33, § 5426 at 789. 十口・前掲注(二) 五一頁。なお、前掲注(20) に対応する本文における「Henderson裁判官の」事件判決同意意見参照。In re Judith Miller, 397 F.3d at 984-86 (Henderson, J., concurring).

五 シールド法の展開

Branzburg 判決は、第一修正を根拠とした取材源秘匿の権利を認めることは拒んだものの、その当時一七州に存在した取材源秘匿を認める立法（シールド法と呼ばれる）になんら影響を与えるものではなかった。⁽⁸⁰⁾むしろ法廷意見は、取材源秘匿の必要性や、具体的な判断基準を定めるに当たって、連邦議会や州の議会と裁判所がそれぞれ独自の役割を果たすことを認めていた。⁽⁸¹⁾その後もシールド法を制定する州が相次ぎ、現時点で三一の州とワシントンDCにシールド法が存在する。しかし連邦レベルでは現在のところシールド法は成立していない。

シールド法の内容は、州ごとにばらつきが大きい。一三の州とDCでは、秘密の取材源について絶対的な証言拒絶を認め、そのうち五つの州では秘密ではない取材源についても絶対的証言拒絶権を与えている。それ以外の州では、一定の条件の下で証言拒絶を認める、限定的証言拒絶権が与えられている。⁽⁸²⁾

州での取材源秘匿の動向をニュージャージー州で見てみよう。同州の制定法は、取材源の秘匿につき今日で最も包括的な保護を与えるもののひとつとされる。⁽⁸³⁾

ニュージャージー州は、Branzburg 事件に先立って既にシールド法を有していた。しかしBranzburg 事件と同じ年、大陪審による証言の要求に応じるのを拒んだ記者が、裁判所侮辱により投獄されるという事件が起こった。⁽⁸⁴⁾これに対し、州議会は一九七七年に証拠法を改正し、絶対的証言拒絶権を認める規定を設けた。⁽⁸⁵⁾

ところが法改正の翌年、ニュージャージー州最高裁は、州法上の絶対的証言拒絶権にもかかわらず、新聞記者に対し取材源の開示を命ずる判決 *In re Farber* を下した。⁽⁸⁶⁾この事件では、ニューヨーク・タイムズ社の記者 Farber が刑事事件に関してレポートし、その刑事事件の被告人がディスカバリーを通じて召喚状を請求し、目撃者に対する取材記録の提出を求めていた。これに対し Farber 記者は、非公開の場合 (in camera) での裁判官に対する記録の

提出も拒んでいた。

ニュージャージー州最高裁は、連邦憲法とニュージャージー州憲法⁽⁸⁷⁾の下で、刑事被告人は自分に有利な証人の出廷を強制できる権利を有するとして、シールド法の絶対的証言拒絶権の規定にもかかわらず、Farber 記者は証言の義務を負うと判示した。

こうしてFarber 記者とニューヨーク・タイムズ社は裁判所侮辱に問われ、民事上の裁判所侮辱により一日五〇〇〇ドルの支払いを、Farber 記者は一日一〇〇〇ドルの支払いと命令に応諾するまでの投獄を命じられた。また刑事上の裁判所侮辱では、ニューヨーク・タイムズ社は一〇万ドルの支払いを、Farber 記者は一〇〇〇ドルの支払いと禁錮六月を命じられた。

これは、刑事被告人の憲法上の権利により証言拒絶権が破られるとした判決として注目された。シールド法をもつ他の州でも、同じように、刑事被告人の権利に照らして、新聞記者に対し証言や文書の提出を求める判決が下されている⁽⁸⁸⁾。

この判決をうけ、ニュージャージー州議会は一九七九年に証拠法改正を行った。そこでは、刑事被告人の証人の出廷を強制する権利を立法上も確認し、具体的な手続を定めている。すなわち、刑事被告人が召喚状を請求した場合、相手方は自らが報道関係者だということを主張することができる。この点について一応の証明がなされると、刑事被告人の側では、相手方の証言を強制するために、次の四要件を証明しなければならないとされる。①召喚された資料が訴訟手続における防御に関係性があり、重要かつ必要である合理的な可能性があること、②それらが介入の度合いのより低い情報源からは確保できないこと、③開示を求められる資料の有罪無罪に関する価値が開示しない特権を上回ること、④要求が過度に広範であったり、抑圧的であったり、不合理な負担をかけるものではない⁽⁸⁹⁾こと。

Farber 記者事件はこれで終わらなかった。当時のニュージャージー州知事は、その任期が切れる直前、刑事上の裁判所侮辱について恩赦をくだし、罰金一〇一〇〇ドルを返還した。ただし民事上の裁判所侮辱についての罰金は返還されていない。

- (86) *Branzburg*, 408 U.S. at 689. シールズ法をめぐって法廷意見づや及られた州は、Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Indiana, Kentucky, Louisiana, Maryland, Michigan, Montana, Nevada, New Jersey, New Mexico, New York, Ohio and Pennsylvania.
- (87) *Branzburg*, 408 U.S. at 706.
- (88) 各州のシールズ法を判例法による解釈について C. THOMAS DINES, ET AL., *NEWSGATHERING AND THE LAW* § 17.02 (3d ed. 2005); THE REPORTERS' COMMITTEE FOR FREEDOM OF THE PRESS, THE REPORTERS' PRIVILEGE COMPENDIUM, *available at* <http://www.rcfp.org/privilege/index.php> 参照。
- (89) *In re Venezia*, 922 A. 2d 1263, 1264 (N.J. 2007); *In re Farber*, 394 A. 2d 330, 351 (N.J. 1978).
- (90) *In re Bridge*, 120 N.J. Super. 460 (App. Div.), *certif. den.*, 62 N.J. 80 (1972).
- (91) N.J.S.A. § 2 A: 84 A-21 Newspaperman's privilege (Evidence Rule 27).
- (92) 394 A. 2d 330 (N.J. 1978).
- (93) U.S. CONST. amend. VI; N.J. CONST. art. I, para. 10. ("In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ... to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor.")
- (94) *Delaney v. Superior Court*, 789 P. 2d 934 (Cal. 1990); *Davis v. State*, 720 So. 2d 220 (Fla. 1998). フロリダ州では、証言拒絶権を否定した判決 (*Kidwell v. State*, 696 So. 2d 399 (Fla. Dist. Ct. App. 1997); *Davis v. State*, 692 So. 2d 924 (Fla. Dist. Ct. App. 1997); *Morris Communications Corp. v. Frangie*, 704 So. 2d 1143 (Fla. Dist. Ct. App. 1998)) に対し、広範な証言拒絶権を定めた立法 (Fla. STAT. § 90.5015 (1998)) が成立し、その翌年についての立法を解釈した州最高裁の判決が下されたものであり、ニュージャージー州とよく似た展開をたどった。 See, *Fargo*, *supra* note 33, at 348, 352.
- (95) N.J.S.A. § 2 A: 84 A-21. 4 b.

六 一九九〇年代の「危機」からシラー事件へ

一九八〇年代から一九九〇年代に入るにつれ、ウォーターゲート事件におけるメディアの英雄的な役割の記憶が

薄れる中、市民の間でメディアに対する信頼度は低下していった。⁽⁹⁰⁾これを反映するように、裁判所においても、第四の権力としてのメディアが言論の自由の法理の中で特別な地位を与えられるべき、との主張は説得力を失っていた。

1 変化の予兆

具体的に、一九九〇年代以降の下級審判決は、報道機関の享受する第一修正上の権利は、一般市民が享受する権利を超えるものではなく、また一般市民が負う義務による制約から自由ではない、とする傾向を強めている。これらの判決からは、ブランドバーグ判決の法廷意見へ回帰する傾向を見出すことができる。⁽⁹¹⁾そしてとりわけ刑事事件において、法を執行する政府の利益を強調する傾向が強まっていった。⁽⁹²⁾

こうした判例の流れと並行して、メディアの態度にも変化があった。一九七〇年代から八〇年代は、メディアの側も証言拒絶権を掲げて法廷でしばしば争った。しかし一九九〇年代に入ると、メディアは召喚状に対して断固として戦う姿勢を弱めていった。政府や検察のメディアに対する証拠提出の要求や、また召喚状の発せられることも依然として少なくなかったが、判例が証言拒絶に徐々に消極的になってくる中、メディアはむしろ政府との交渉に応じ、証言や提出する文書の範囲の限定を得たうえで、証拠提出に応じるようになっていった。⁽⁹³⁾

二〇〇〇年代に入ると、状況は危機的様相を呈するようになる。捜査当局による証拠の提出に対し、ついにメディアも表立って抵抗を示すようになった。裁判所による裁判所侮辱の判断により、記者や報道機関に対し高額な罰金が課されたり、記者が長期にわたり投獄されたりする事件が相次いだ。⁽⁹⁴⁾

2 ミラー事件へ

ミラー事件は、こういった流れの中にあった。ミラー記者は同じ時期にほかの事件で、取材源の秘匿をかけて法廷で争っている。連邦当局がテロへの資金協力が疑われる宗教組織の捜査に入ろうという前日に、ニューヨーク・タイムズ紙が対象の組織の代表とのインタビュー記事を掲載したのである。機密漏洩で捜査を開始した政府は、ミラー記者を含むニューヨーク・タイムズ社の記者の通話記録の差押えを申請した。これに対し、ニューヨーク・タイムズ側は、記録は第一修正とコモン・ロー上の取材源秘匿権で保護されると主張して、宣言判決を求めて出訴した。第一審の裁判所は証言拒絶権を認めたものの、第二巡回区連邦上訴裁判所は、これを覆した。⁽⁹⁵⁾

ミラー記者やメディア社会にとって不幸なことに、彼女が自らの身柄の自由をかけて争ったCIAリーク事件は、メディアの英雄的活動とは到底いえない事例だった。⁽⁹⁶⁾ ミラー記者は、大陪審による起訴の対象となる犯罪行為の一部に関与した当事者となってしまった。⁽⁹⁷⁾ 証言拒絶権の行使に対し、政府内部の内部通報者 whistle blower を護るのではなく、政府が反対派を貶める企てを庇い立てしているとの非難が寄せられた。⁽⁹⁸⁾

ミラー記者が投獄されていた間、ミラー記者本人とニューヨーク・タイムズ社に対する世論の風当たりは厳しくなっていた。既にミラー記者の執筆によるイラク関連の記事には、政府高官からの情報に基づく取材により、イラク戦争への突入を正当化することになったとする批判があった。八五日後に大陪審への証言に応じ、投獄を解かれたミラー記者は、ほどなくしてニューヨーク・タイムズ社を退職していった。

メディアの証言拒絶に否定的な判決が相次ぎ、記者が裁判所侮辱の制裁を受ける事件が世間の注目を浴びる中、それまで判例の中に証言拒絶権の拡張傾向を見出していた論者の目にも、判例の揺り戻し傾向は明らかになってきた。⁽⁹⁹⁾ 従来は証言拒絶権を肯定したとみられていた判例も、実は傍論で容易に区別できる判示だったことを認めざるを得なくなったのである。⁽¹⁰⁰⁾ 論者の中には、これらの事件はいずれも従来の判例にのつとつた適切な判断だと冷や

やかに評価する立場も出てきている。⁽¹⁴⁾

こういった状況に危機感をもった学者や報道関係者の間からは、立法による対処を求める声が高まっていた。連邦議会でも、改めてシールド法立法を進める動きが始まった。⁽¹⁵⁾二〇〇七年には、具体的利益衡量の基準を定め、限定的証言拒絶権を認める法案 Free Flow of Information Act of 2007 が連邦議会の本会議にかかり、下院を通過している。⁽¹⁶⁾

- (60) See, Patrick M. Garry, *The Trouble with Confidential Sources: A Criticism of the Supreme Court's Interest-Group View of the First Amendment in Cohen v. Cowles Media Co.*, 14 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 403, 405-09 (1992). 二〇世紀後半におけるメディアの寡占が進んでいくにつれて、メディアに対する懐疑的な見方が強まってきた要因とされる。BENJAMIN H. BADGERIAN, *The Media Monopoly* (2d ed. 1987); Louis J. Capocastale, Comment: *Using the Shield as a Sword: An Analysis of How the Current Congressional Proposals for a Reporter's Shield Law Wound the Fifth Amendment*, 20 ST. JOHN'S J.L. COMM. 339 (2006).
- (61) See e.g., *United States v. Cutler*, 6 F.3d 67, 71-73 (2d Cir. 1993); *Smith*, 135 F.3d at 968.
- (62) See e.g., *McKevitt v. Pallasch*, 339 F.3d 530, 532-33 (7th Cir. 2003).
- (63) *Felicity Barringer, In a New Atmosphere, Press Is Silent on Subpoena Flurry*, N.Y. TIMES, Apr. 24, 1998, at A.1.
- (64) 注目を浴びた事件では、バリー・ボンズなど著名な運動選手によるステロイド剤の使用を暴いた新聞記者が、大陪審への取材源の開示を拒否したところ、刑事上の裁判所侮辱により一ヶ月の刑を言い渡された。In re Grand Jury Subpoenas (Fainaru-Wada), 438 F. Supp. 2d 1111 (N.D. Cal. 2006). ローマインランド州では、プロヴァイランス市長の贈収賄疑惑に対する大陪審の審理について、裁判所による開示制限命令に反した報道がなされたこととされる事件で、地元テレビ記者がテープの入手経路に関する特別検察官の質問に応じなかったとして、民事上の裁判所侮辱により一〇〇〇ドルの罰金を課され、同時に、刑事上の裁判所侮辱により四ヶ月の自宅拘留の刑に服した。See, In re Special Proceedings, 373 F.3d 37, 41 (1st Cir. 2004).
- (65) N.Y. Times Co. v. Gonzales, 459 F.3d 160 (2d Cir. 2006).
- (66) Daniel Joyce, *The Judith Miller Case and the Relationship between Reporter and Source: Competing Visions of the Media's Role and Function*, 17 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 555, 562-63 (2007).
- (67) See, *United States v. Libby*, 432 F. Supp. 2d 26, 43 (D.D.C. 2006).
- (68) Don Van Natta Jr., et al., *The Miller Case: A Notebook, a Cause, a Jail Cell and a Deal*, N.Y. TIMES, Oct. 16, 2005, at 1.

- (95) See, e.g., Anthony L. Fargo, *The Year of Leaking Dangerously: Shadowy Sources, Jailed Journalists, and the Uncertain Future of the Federal Journalist's Privilege*, 14 Wm. & Mary Bull. of Res. J. 1063 (2006) (Anthony L. Fargo, *The Journalist's Privilege for Nonconfidential Information in States Without Shield Laws*, 7 COMM. L. & POLY 241, 258-64 (2002); Anthony L. Fargo, *The Journalist's Privilege for Nonconfidential Information in States with Shield Laws*, 4 COMM. L. & POLY 325, 342-49 (1999) 以下を参照す註).
- (100) *Id.* at 1079.
- (101) See, e.g., Recent Case: *Evidence—Journalist Privilege—District of Columbia Circuit Holds That Privacy Act Suit Satisfies Two-Prong Test To Overcome Journalist Privilege To Conceal Confidential Sources*—Lee v. Department of Justice, 413 F.3d 53 (D. C. Cir. 2005), 119 HARV. L. REV. 1923, 1930 (2006); Will E. Messer, *Open Season on the Journalist's Privilege: Do Recent Rulings Represent a Trend Against Assertions of the Privilege or Proper Applications of Existing Law?*, 94 Ky. L.J. 421 (2006).
- (102) See, e.g., Editorial, *The Need for a Federal Shield*, N.Y. TIMES, Feb. 17, 2005, at A 28; AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, PUBLISH AND PERISH: THE NEED FOR A FEDERAL REPORTERS' SHIELD LAW (2007).
- (103) H.R. 2102, 110th Cong. (2007). See, Editorial, *Defending Press Freedom*, N.Y. TIMES, Oct. 22, 2007, at A 20.

七 改めて比較法の試み

1 表現の自由と証拠法をとりまく政治的磁場

Branzburg以降の証言拒絶権を改めて振り返ってみる。アメリカでは、裁判所の判例法や制定法解釈、議会のシールド法立法、さらに執行府の恩赦と、三権が相互にしのぎを削っていた。

ここでは、裁判所が必ずしも表現の自由の擁護者とは限らない。アメリカの短い歴史の中でも、第一修正を振りかざし言論の自由を擁護する裁判官のイメージは、二〇世紀後半の半世紀のものに過ぎない⁽¹⁰⁴⁾。政府三権のどの権力も、常に言論の自由を体現した存在ということはできない。逆に、どの権力も言論の自由に一貫して抑圧的であったわけではない。さらに、第四の権力たるメディアも、立法・執行府・司法府に対する自由を主張すると同時に、それらへの圧力団体として立ち現れ、必ずしも表現や政治とのかかわりで一義的な存在ではない。

連邦最高裁の規則制定権限に基づく連邦証拠法の草案が、連邦議会によって否定されたことも想起されてよい。最終的に成立した連邦証拠法では、三権分立に加え、連邦制による権力分散機能も動員された。

アメリカにおける強烈的な政治的磁場と対照的に、日本の表現の自由や証拠法は、政治的真空に支配されているかのようである。戦後の日本において、報道関係者による証言拒絶の問題は、ほとんど裁判所で問題となつてこなかった。また、立法論も具体的な法制に結びつく形で具体的に展開されることもなかった。⁽¹⁰⁵⁾ 以下では、その制度的背景と思想的背景を検討する。

2 裁判所の権力

日本において証言拒絶権の行使が活発でない理由として、個々の事件における日本の裁判所の判断手法と当事者や弁護士の実務がしばしば挙げられる。すなわち、我が国の民事訴訟実務においては、証言が拒絶されても、訴訟代理人である弁護士が自発的に質問を変えたり、裁判所がその旨の事実上の勧告を行ったりすることで、紛争が回避されることが多いとされる。⁽¹⁰⁶⁾ そして、実務上は、裁判所の心証に対する影響を考慮し、正面きつて証言拒絶をする例は少ないという。⁽¹⁰⁷⁾ 他方、裁判所の側でも、証言拒絶権が行使された事情を必ずしも心証判断から排除すべきとは考えられていないようである。⁽¹⁰⁸⁾ こうした手法は「法定の手続きによらないインフォーマルで柔らかな運用」と呼ばれることさえある。⁽¹⁰⁹⁾

ところが、このインフォーマルな柔らかさ、すなわち心証判断を握った裁判官が証拠判断を行うことは、アメリカにおいては大きな権力の行使とみなされる。

陪審はまた、政府の権力を抑制し均衡を保つために重要な役割を果たしている。当事者対抗主義も、陪審制度

とともに、この機能を果たすのに大きな役割を担っている。裁判官ではなく陪審が有罪・無罪の判断を下すことのおかげで、弁護士は、法的な争点について裁判官に対しやりたいだけ主張をぶつけつつ、同時に裁判官の不興を買うことで有罪無罪の判断に影響が及ぶことを恐れずに済むのである。……アクトン卿が述べたように、権力は腐敗し、絶対的権力は絶対的に腐敗するとすれば、刑事訴訟を運営する最も安全な方法というのは、証拠を提出する権限を検察と弁護士側に分割し、判断の権限を裁判官と陪審に分割することである。⁽¹¹⁾

日本においては、当事者が裁判官の心証を慮ってあからさまな手続法的主張、この場合は証言拒絶の主張をしないのに対し、アメリカの弁護士は、裁判官に対しやりたいだけの主張をぶつけることができる。こういった関連な法的議論を支えるのが、裁判所が裁判官と陪審に分割され、裁判官の権力がチェックされるというアメリカの裁判構造である。この法的議論の応酬は、裁判外での議論にも影響を及ぼす。アメリカの立法院におけるシールド法をめぐる議論は、世間の耳目を集めた裁判を受けて盛り上がることも多い。⁽¹²⁾

日本では、証拠に関する判断を下す裁判官に心証判断までゆだねられているので、裁判官の証拠判断が大きな権力の行使とは認識されない。我々日本人の視点からはアメリカの裁判所侮辱の力は強大な権力行使であるが、アメリカ人の眼には、心証判断を握った裁判官による証拠判断が大きな権力行使として映る。⁽¹³⁾そしてアメリカでは、最終的な心証判断を行う小陪審のほかにも、刑事事件の起訴段階を担当する大陪審に、検察や警察より強力な証拠収集権力がゆだねられるなど、陪審に権力抑制の役割が期待されている。

3 証言拒絶の背後にある裁判像

民事訴訟における証言拒絶権について、日本の代表的な解説は、次のようにギリシャの詩人を引用しつつ、秘密

を守ることの意義を説き起こしている。

ギリシャの二大悲劇詩人の一人、エウリピデス (Euripides) は、「沈黙は最高の美德である」とし、秘密を守る不屈の意志を古代ギリシャの英雄に求めている。この言葉に象徴されるように、現代の社会においても、秘密を守るべきことがさまざまな社会的価値を根拠として要請されている場合には、そうした守秘義務を反映して、訴訟の証拠調べにおいて——例外的ではあるが——真実発見に優先して証人に証言拒絶権が認められている。⁽¹³⁾

いうまでもなく、エウリピデスの挿話は、民事訴訟法における証言拒絶権の規定に対応している。

平成一八年決定に対して学界はおおむね肯定的反応をしめた。批判的な論者の中にも、秘密を守る利益を損なうとの批判はあっても、過度に秘密を認めすぎるとの懸念はみられない。比較衡量に批判的な論者は、民事訴訟法の証言拒絶権の規定を強く読み、国会が秘匿に公益が認めたもので、真実発見の要請は犠牲にされたと解する。すなわち、比較衡量は既に立法段階で終わったとされる。⁽¹⁴⁾

この論理は、第一修正で既に利益衡量は終わったとして、絶対的な証言拒絶権を主張したダグラス裁判官による *Branzburg* 判決の反対意見に似ている。しかし、アメリカ法の伝統は、訴訟当事者が証拠を収集できるという利益を、プライバシーに優越する利益として認めてきており、ダグラス裁判官の見解が判例法で省みられることはほとんどなかった。

次のジェレミー・ベンサムの著作からの引用には、日本におけるエウリピデスの挿話とは対照的な裁判像が見出される。これは、アメリカで伝統的に権威を与えられているウィグモアの証拠法の体系書のみならず、本稿で扱っ

た判例や文献にしばしば引用される。⁽¹¹⁵⁾

ウェールズの皇太子、カンタベリー大司教、大法官が同じ馬車でやってきたとする。その時、煙突掃除夫と行商人の女が、半ペニーかそこらのリングを巡って争ったとする。そして、この煙突掃除夫と行商人の女が、彼らに証人となつてもらふのがよい、と考えたとする。彼らは拒むことができるだろうか？ いいや、そんなことは決してできない。⁽¹¹⁶⁾

この一節の含意は、単なる裁判での真実の強調には留まらない。聖職・世俗の権力の頂点でさえ証言を拒絶できない。しかも、卑しい身分の男女でさえその証言を求めることができる。ここでは、証言強制を伴う裁判が、平等と民主主義を体现する場としてイメージされている。⁽¹¹⁷⁾

実際、民事訴訟の和解や刑事訴訟の司法取引に象徴されるように、アメリカの裁判は、純粹な真実の実現をめざすものではない。アメリカの裁判における真実へのアクセスは、裁判外で証拠を収集できない非権力者の持つ権利だと位置づけられ、⁽¹¹⁸⁾ 裁判における「事実」はこの観点から「真実」を積極的に加工したものとさえいえる。⁽¹¹⁹⁾ 本稿の事例では、刑事訴訟においてシールド法の絶対的免責を破ったアメリカの判例が、被告人が有する権利に根拠を求めたのが、これに符合する。

さらに先のベンサムの一節は、“The public has a right to every man's evidence”という理念をいみじくも表現するものとして引用される。この理念が最も説得力をもつのが、大陪審における証言強制の場面だった。捜査当局側の証拠へのアクセスは制限され、中でも真実へのアクセスが認められたのが二三人の市民からなる大陪審だった。この意味でも、アメリカの裁判における証言強制は、民主主義の情念に裏打ちされたものといえる。

4 利益衡量と社会的意義

ここまでみてきた日米の制度と理念の両面の違いは、具体的な利益衡量にも反映される。平成一八年決定の示した衡量要素を改めてみてみる。

当該取材源の秘密が保護に値する秘密であるかどうかは、①当該報道の内容、性質、その持つ社会的な意義・価値、②当該取材の態様、③将来における同種の取材活動が妨げられることによって生ずる不利益の内容、程度等と、④当該民事事件の内容、性質、その持つ社会的な意義・価値、⑤当該民事事件において当該証言を必要とする程度、代替証拠の有無等の諸事情を比較衡量して決すべきことになる。

「当該」報道や「当該」民事事件は個別化され、その上で社会的な意義・価値が比較衡量にかけられる。ここでは、報道（言い換えると言論）や民事事件の個別の価値、それも社会における価値が、定性的にであれ定量的にであれ同定できることが前提となっている。さらに、これら個別の報道や民事事件の社会における価値の比較衡量は、証拠の採否を決定し最終的に自由心証に基づく判断を握る裁判官に委ねられる。

平成一八年決定における最高裁の示した具体的な利益衡量をみてみよう。

本件基本事件は……社会的意義や影響のある重大民事事件であるかどうかは明らかではなく、また、本件基本事件はその手続が未だ開示（ディスカバリー）の段階にあり、公正な裁判を実現するために当該取材源に係る証言を得ることが必要不可欠であるといった事情も認めることはできない。

しかしこの事件で、NHKの記者による証言は、基本事件で原告の主張した因果関係の不可欠な一部だっただけ

でなく、まさに民事事件のもつ重大性を大きく左右する鍵だった。NHKの記者が証言によって取材源を明らかにし、それが国税庁関係者だった場合には、日本の国家公務員による国際条約上の義務違反があった可能性が高まる。逆に、裁判官が「社会的意義や影響のある重大民事事件であるかどうかは明らかではな⁽¹⁰⁾」いとして証言拒絶を退ければ、すなわち事件は社会的意義や影響もわからないままに終わり、基本事件も意味を失ってしまう。最高裁の判示を前提とすれば、裁判官の早い段階での否定的な心証に基づく証拠上の判断により、国政に関する重大問題が民事訴訟を通じて公になる可能性が封じられかねない。

社会的意義をいかに同定するかにも問題が残されている。社会的意義の大きな訴訟の典型例としては、被害者が全国に多数存在するような薬害事件や公害事件に関する民事事件が想定されているようにも見受けられる⁽¹¹⁾。しかし、薬害を訴える一人の患者が限られた証拠をもとに起こす訴訟のように、まだ大規模な裁判に発展していない小さな事件が、社会的意義が小さいといえる根拠は必ずしも明らかでない。むしろそのような訴訟でこそ、原告は裁判所によらずしては証拠を得ることができず、裁判における証拠収集の必要性はなお大きい。本決定の判断基準においては、個々の裁判が社会的意義を問われ、社会的意義の認められない訴訟は証拠へのアクセスを許されない。

平成一八年決定が、報道関係者の証言拒絶権を認める方向で比較衡量基準を示した背景には、取材源が開示されると報道機関の業務遂行に支障をきたす、また報道機関の業務が国民の知る権利に資するとの認識がある。しかし、前者の認識については、Branzburg事件でまさにその実証的根拠が争われた。後者の認識についても、ミラー事件におけるミラー記者及びニューヨーク・タイムズの報道に対し、国民の知る権利に資するどころか、権力の手先になったとの批判さえ寄せられたのであり、自明の命題ではない。平成一八年決定で問題となった報道も、国税庁からの不透明なリンクを横並びで垂れ流したものだたとすれば、構造的には同じ批判を受けてしかるべき報道だった。一²で引用した長谷部教授のコメントも、同様に自らの人身の自由を賭けてでも証言拒絶を貫く英雄的

な報道関係者を想定する。しかし、少なくとも六1でみたアメリカの報道機関は、そのような英雄像からの逸脱を示していた。

問題は、これらの認識の当否に留まらず、こういった認識の根拠が公になっていないことにある。裁判は、取材源の開示が報道活動の妨げになるのか、また報道機関が国民の知る権利に資するものか、その認識の当否を争い、証拠と議論を通じて判断を下せる場を提供する。しかし、平成一八年決定の比較衡量は、これらの論点の結論を先取りし、取材源とともに根拠と議論を闇に葬ってしまったように思われる。

こういった点は、日本では必ずしも問題視されていない。例えば坂田教授は、平成一八年決定を次のように評している。

言論の自由という価値と裁判の公正という価値が裸のままでは対峙するときには、いずれかといえば言論の自由の保護に若干のアドバンテージを認めるほうが、より妥当で、実務的な判断ができるのではあるまいか。本件最高裁決定が、結果的に、そのような方向を示したことは評価に値するといえよう。⁽¹²⁾

ここでは、「言論の自由」と「裁判の公正」との比較不能性の認識から、「実務的な判断」への消極的支持が示されている。

しかし、この価値の衝突について、アメリカで証言拒絶権の争われた事件を扱ったニュージャージー州最高裁は、異なる捉え方を示す。

本件上訴で問題となっているのは、二つの互いに競合する理念、すなわち、あらゆる者から証拠を得られると

いう市民 public の権利と、なににも妨げられることのない自由な情報の流通への市民の権利との相克である。⁽¹²⁴⁾

公正な裁判と表現の自由が、市民への情報という観点から並列に叙述されている。いずれも「市民」と訳した public の利益が関わりとされ、それは個人の権利義務に留まらない広がりを与えられている。Public は「国民」とも訳せるが、国家権力 state といった権威的な用語とは異なる。

ここでは、表現の自由の共有主体がまさに証拠を得る権利の主体となる。また、証拠を集め事実を認定する陪審と、情報の流通を媒介する報道機関は、真実解明という競合する役割を果たしている。⁽¹²⁵⁾市民ないし主権者国民は、誰もが裁判の場を通じて証拠を集める、すなわち「知る」ことができる。「知る」場を提供する裁判所は、「知る権利」に資するとされる報道機関と機能的に並び立っている。その意味で、「言論の自由」と「裁判の公正」という二つの競合する理念は、比較は困難でも、かならずしも「比較不能な価値」ではない。

具体的な比較衡量の判断に関連して、ウィグモアの証拠法の体系書から引用しよう。

一つの事件の主張に関する営みは、取るに足らぬ個人的なものでも、その帰結は普遍的なものである。一つ一つの裁判に、潜在的には、社会全体が関与しているのである。活力に満ちた司法の過程は、途切れることなく続けられなければならない。一度の途切れは、社会の疲労の現れである。続けざまに途切れると、それは社会の分解を意味する。一つ一つの裁判の些細さや個別性は、われわれの証言の義務が、特定の争いの当事者に対してではなく、社会全体に対する永続的なものであることを思えば、消え去るのである。⁽¹²⁶⁾

社会の利益を考えればこそ、個別の事件の些細さ、個別性を云々することが拒絶される。これは、四でみたよう

に、*Branzburg* 後の下級審で、比較衡量において「社会的意義」の重みがなくなっていたことと符合する。

5 比較法からの示唆

本稿でみてきたアメリカの裁判のイメージは、日本において一般に想定される裁判のイメージとかなり異なっている。アメリカにおいて証言拒絶権は、しばしば政治的文脈、すなわち社会の各所における権力の分配という形で語られる。そして、権力を細分化するために、立法、執行、司法の三権分立、第四の権力としてのメディア、連邦制、陪審制が動員され、それぞれが相互に衝突することによる抑制と均衡が期待される。裁判所についてのメディア、連邦裁判所の証言強制には強力なサンクションを伴った権限行使が期待される一方、裁判官による証拠上の判断に伴う権力性が警戒される。そしてこれらの根底にある理念が、裁判官を含む政府の権力に対し陪審のチェックを期待し、裁判における証拠へのアクセスを非権力者の権利と捉えるといった態度に象徴される、平等と民主主義への情念だといえる。そして、表現の自由についていえば、裁判所は市民の「知る権利」の観点からメディアと並び立つ存在だった。

このように制度的にも理念的にも大きく異なる法体系から教訓を導くのは、危険な行為ではある。しかし、分散された権力同士が衝突しあうアメリカは、権力の対立が表面化しにくい日本の状況を考察する際に、一つの有用な分析枠組みを提供するように思われる。敢えて二・三の示唆を得ようと試みる。

まず解釈論として、裁判官による証拠採否の判断における権力性を警戒する観点から、平成一八年判決のといった比較衡量論において、訴訟や報道の社会的意義に実質的な重みを与えることには、疑問が生ずる。裁判官による早い段階における心証が、訴訟の行方を決定し、最終的な結論を左右しかねない。裁判官が社会的意義のある言論や社会的価値のある訴訟を選別することも、警戒する必要がある。

具体的解釈としては、裁判における証拠の必要性が比較衡量の中心となるべきであろう。これは一見すると、報道の自由が争点とならない事件における裁判官の証拠採否の判断ときほど変わりはなく、空虚な判断基準にも思われる。しかし、アメリカで証言拒絶が争われる裁判においては、証拠の必要性の有無、とりわけ証拠を求める側が報道関係者以外から証拠を収集する努力を十分に尽くしたか否かは、実質的に判断を左右する⁽¹⁷⁾。例えばDC巡回区は、*Zerilli v. Smith* において、報道関係者に証言を求めた訴訟当事者が、他の情報源から証拠を収集する義務を果たさなかったとして、報道関係者の証言拒絶を認めた。この事件では、証言を求めることができる人物が、報道関係者以外でも四人はいたとされた⁽¹⁸⁾。他方、同じ巡回区の *Lee v. Department of Justice* は、原告が四二〇人に証拠開示請求を行ったがおかた拒絶され、また実際に政府関係者二人、FBI関係者八人に対し証言録取を行ったにも関わらず必要な情報が得られなかった事件で、他の情報源からの証拠収集の努力は十分に果たされたとして、報道関係者の証言拒絶の主張を退けた⁽¹⁹⁾。平成一八年決定は、証拠開示（ディスカバリー）手続きの終盤になって、五〇名を超える証人尋問の後に下された決定だとされており、証言を得る必要性が高かったと考える余地が小さくない。

そして、立法論として、裁判を通じた証拠収集が非権力者の権利という側面をもっているとの観点から、広範かつ絶対的な証言拒絶権を立法で認めることにも、疑問が生ずる。「沈黙は最高の美德」といえる場面もあるだろうが、恣意的権力を庇う秘密も存在する。立法府が秘密の「公益性」を定義できるほど信頼にたるとはいえず、むしろ訴訟の当事者が裁判を通じて恣意的な秘密を貫く契機を与える必要があるように思われる。

もちろん、訴訟当事者による恣意的な証拠開示請求もあるのであり、アメリカにおいても、刑事訴訟における警察や検察による嫌がらせ的な召喚状の請求、民事訴訟における勝ち目のない嫌がらせの証言の要求は退けられる。しかし、このような判断こそ立法府より司法府の方が適している。証言拒絶権の規定から、一義的に立法府による

公益の認定と真実発見の犠牲を導くことには、慎重であるべきだと思われる。

- (104) LAWRENCE M. FRIEDMAN, *AMERICAN LAW IN THE 20TH CENTURY*, 9 (2002); KATHLEEN M. SULLIVAN & GERALD GUNTHER, *CONSTITUTIONAL LAW*, 984 (5th ed. 2004).
- (105) 春日・前掲注(22)一五七頁。報道関係者の視点からの民訴法改正作業における議論について、飯室勝彦「改正民訴法から消えたメディアの証言拒絶権」法セ五〇一号一八頁(一九九六)参照。
- (106) 門口正人編集代表『民事証拠法大系・第三巻』(二〇〇三)(早田尚貴執筆)八四頁。刑事訴訟においても、実務では証言拒否をしてもそれ以上証言を求めず、事実上の拒否権が認められるとされる。内田文昭ほか『刑事訴訟法』(一九九三)一七四頁、鈴木・前掲注(7)一五七頁。
- (107) 春日・前掲注(22)一五二頁注60。
- (108) 門口・前掲注(106)八八頁。否定的な学説も存在する(松本・上野・前掲注(25)四〇一頁)が、実際の心証判断で完全に排除するのは難しいように思われる。
- (109) 門口・前掲注(106)八四頁。
- (110) RANDOLPH N. JONAKAIT, *THE AMERICAN JURY SYSTEM*, 181-82 (2003), quoting from GEORGE P. FLETCHER, *A CRIME OF SELF-DEFENSE: BERNHARD GOETZ AND THE LAW ON TRIAL*, 7-8 (1988).
- (111) 例えば「シラー事件やFaber記者事件の推移」、また前掲注(88)参照。
- (112) アメリカにおける裁判官と陪審の分割は、裁判官の権力を可視化する役割も果たしているといえる。裁判を含めた紛争処理システムの権力性を論じたものとして、早川吉尚「紛争処理システムの権力性とADRにおける手続きの柔軟化」早川ら編『ADRの基本的視座』(二〇〇四)三頁。
- (113) 春日・前掲注(22)一二四頁。
- (114) 松本・前掲注(8)一二一頁。
- (115) See, 8 WIGMORE, *supra* note 66, § 2192, at 71; Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665, 688 n.26 (1972); *In re Schuman*, 552 A. 2d 602, 605 n.5 (N.J. 1989).
- (116) Jeremy Bentham, *Draught for the Organization of Judicial Establishments* (1827), in 4 *THE WORKS OF JEREMY BENTHAM* 305, 320 (Bowling ed. 1843).
- (117) なお、ベンサムは当時のイギリスにおける不合理で非効率な裁判制度に批判的だった。原典は、フランスにおける裁判制度に関する立法案と対比しつつ、ベンサムが自らの裁判所構想を示し、裁判所制度の合理化・簡素化の必要性を強調したものである。挿話の意図は、長引く不毛な訴訟に社会的に重要な人物が引きずり回されることの無益さを示すことにあった。ベンサムの意図とは外れた引用のしかたにも、アメリカ

における裁判にかける情熱の強さが伺える。

- (118) 23 WRIGHT & GRAHAM, *supra* note 33, § 5422 at 674.
 - (119) 刑事裁判の文脈で、真実発見の強調に関する日米の考え方の違いを論じたものとして、ジョーゼフ・ホフマン／長沼範良「真実」と日本の刑事訴訟」ジュリ一四八号一七八頁（一九九九）参照。英米の伝統において、刑事訴訟は真実発見の場から被告人（弁護士）による訴追側のチェックの場へと変容してきたとされる。See JOHN H. LANGEHEIN, 'THE ORIGINS OF ADVERSARY CRIMINAL TRIAL', 310 (2003).
 - (120) なお、集中審理方式をとるアメリカではプレトリアル段階でのディスカバリーを終えると、トリアルで新たな証拠を提示することは不意打ちとなり原則として認められない。浅香・前掲注（23）七四四頁参照。従って「本件基本事件はその手続が未だ開示（ディスカバリー）の段階にあり、公正な裁判を実現するために当該取材源に係る証言を得ることが必要不可欠であるといった事情も認めることはできない」として証言拒絶が認められると、基本事件で証言を求めた当事者には二度と証言を得る機会が戻ってこない。本稿では問題点の指摘にとどめる。
 - (121) 判例時報における平成一八年決定の匿名解説にそのような記述が見られる。判時一九五四号三五頁。
 - (122) 坂田・前掲注（一）一七頁
 - (123) 長谷部・前掲注（6）五頁も参照。
 - (124) *In re Schuman*, 552 A.2d 602, 605 (N.J. 1989). シラー事件のDC巡回区連邦上訴裁判所で同意意見を著したTatel 裁判官による争点の提示にも、同様に裁判所と報道機関を真実解明の観点から並列に論ずる態度がうかがえる。
- 「本件の問題は、真実解明に資する二つの機関、大陪審と報道機関との衝突である。一方の大陪審は、英米の歴史の奥深くに根ざす機関であり、第五修正によって保障されている。これは、裁判所の権力に裏付けられた召喚状により証拠を収集する広範な権限を有している。大陪審は、徹底かつ効果的な捜査ができなければ、訴追すべき犯罪を探知し、また訴追に値しない告発を排除することができないだろう。他方で報道機関は、第一修正の保護の下にあり、政府に関わる事柄に対する世論の注意を喚起し、公務員や政府関係者の腐敗を暴露し、公の事件や事柄について市民に情報を提供する、重要な媒体としての役割を果たしてきた。」*In re Judith Miller*, 397 F.3d at 986 (Tatel, J., concurring) (quotation omitted).
- (125) See, Jane E. Kirtley, *Will the Demise of the Reporter's Privilege Mean the End of Investigative Reporting, and Should Judges Care If it Does?*, 32 Ohio N.U.L. Rev. 519, 526 (2006).
 - (126) 8 WIGMORE, *supra* note 66, § 2192, at 73.
 - (127) DINES ET AL., *supra* note 82, § 18.02[5][c], at 1121.
 - (128) 656 F.2d 705, 714-15 (D.C. Cir. 1981).
 - (129) 413 F.3d 53, 56 (D.C. Cir. 2005).
 - (130) 一井泰淳・下久保翼「取材源の秘匿を認めた最高裁決定——取材・報道の自由を守った判断の意義」新聞研究六六五号三〇頁（二〇〇六）三四頁。一井・下久保両弁護士は、平成一八年決定の事件で、証言を拒絶した熊田記者の代理人を務めた。

〔付記〕 本稿は、二〇〇七年一月一日、神戸大学大学院法学研究科21世紀COEプログラム「市場化社会の法動態学研究センター」(CDAMS)の主催で行われた応用研究分野研究会「公共空間研究会第七回例会」にて私の行った報告をもとにしている。コーディネータの角松生史教授と興津征雄准教授をはじめ、私の報告に忌憚のない意見を与えた参加者の方々に御礼を申し上げたい。中でも、コメントーターとして公法・メディア法の視点からコメントを下さった穴戸常寿准教授、手続法の視点からコメントを下さった池田公博准教授には、とりわけ多くのことをご教示いただいた。記して感謝申し上げたい。いうまでもなく、本稿の内容、とりわけ無理解や誤解の責は、すべて筆者に帰せられる。

なお本稿は、科学研究費補助金の交付を受けた研究成果の一部である。